

DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN: PERSPECTIVA INTERNACIONAL *

Mónica Lizet Morales Neira¹,
Guillermo León Ramírez Torres² y
Luz Elena Romano Rebolledo³

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	1
1. CONCEPTO DE RIESGO.....	4
1.1. RIESGO EN SENTIDO AMPLIO.....	5
1.2. RIESGO CONTRACTUAL.....	5
1.3. RIESGO EN LA CONSTRUCCIÓN	8
2. REGULACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	9
2.1. CLASIFICACIONES DEL RIESGO.....	9
2.1.1. CRITERIOS OBJETIVOS.....	10
2.1.2. CRITERIOS SUBJETIVOS	11
2.2. DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO	12
2.3. TRASLADO DEL RIESGO	23
CONCLUSIONES SOBRE EL PROBLEMA DEL RIESGO	25

Introducción

El sector de la construcción normalmente refleja la situación de la economía de un país, tanto que su naturaleza cíclica concuerda con los altibajos de aquella. En Colombia, es uno de los sectores que más crecimiento reporta, siguiendo, claro está, la tendencia de nuestra economía en los últimos años. En Bogotá, por ejemplo, entre

* Este artículo fue presentado a la revista el día 23 de septiembre de 2009 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 4 de diciembre de 2009, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia (2008). Estudiante de la Especialización en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales de la Universidad Externado de Colombia (2009). morales_7@hotmail.com

² Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2008). Estudiante de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2009). ramirez_guillerm@hotmail.com

³ Abogada de la Universidad Externado de Colombia (2008). Estudiante de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2009). lachacharomano@hotmail.com

los años 2002 y 2005, este sector presentó un crecimiento del 12,4% promedio anual sólo superado por el comercio. Se trata también de uno de los sectores que mayor inversión pública recibe; por ejemplo, el Instituto Nacional de Vías previó para la vigencia de 2007 un gasto en inversión en el renglón de la construcción de \$ 2.3 billones. En Bogotá, el Plan de Desarrollo 2008-2011⁴, en sólo mantenimiento de malla vial prevé el gasto de \$ 6.1 billones, esto sin contar otras inversiones concernientes al sistema de transporte público, como la contratación de la primera línea del metro. Estas cifras ponen en evidencia la importancia de la construcción en la economía nacional.

Desde el punto de vista jurídico, el instrumento por el cual se regulan los intereses de los agentes de este sector de la economía es el contrato de construcción, que puede definirse como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte denominada dueño de la obra o empleador⁵ encarga a otra, denominada contratista o constructor, la ejecución de una obra de infraestructura a cambio de un precio. Este contrato ha sido reconocido en instrumentos internacionales tales como la GUÍA DE LA UNCITRAL PARA LA REDACCIÓN DE CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS INDUSTRIALES Y EL LIBRO ROJO DE LA FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores), como una figura autónoma desligada del concepto amplio de contrato de obra.

Sin embargo, en Colombia, el Código Civil en su artículo 2060⁶ regula el contrato de construcción de edificios como una modalidad del contrato de arrendamiento para la

⁴ Acuerdo 308 de 2008.

⁵ Esta terminología es usada en el Libro Rojo de la FIDIC. La Guía de la UNCITRAL para la redacción de contratos de construcción lo denomina adquirente.

⁶ *Artículo 2060. Ejecución de la obra a precio único.* Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: 1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones. 2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda. 3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final. 4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y

confección de obra material que versa sobre bienes inmuebles. La Ley 80 de 1993, por su parte, en su artículo 32⁷ define el contrato de obra pública, mencionando la construcción como una de las prestaciones que son objeto de este contrato. Así, se observa que el tratamiento dado a la construcción en nuestro ordenamiento está dentro del concepto de arrendamiento para la confección material y de contrato de obra pública pero no con una estructura típica independiente.

Ahora bien, independientemente de su consideración como figura típica autónoma, resulta importante destacar que el contrato de construcción, por la naturaleza de sus prestaciones, está sometido a las contingencias de múltiples riesgos que pueden generar una mayor onerosidad o incluso la imposibilidad de su ejecución.

En relación con este punto, observamos que en el ámbito internacional hay conciencia sobre la importancia de la regulación del contrato de construcción y de la necesidad de lograr una adecuada distribución del riesgo derivado de éste. Lo anterior se ve reflejado en la existencia de aproximaciones y soluciones consagradas en los diferentes instrumentos internacionales que regulan la materia tales como, la GUÍA DE LA UNCITRAL PARA LA REDACCIÓN DE CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS INDUSTRIALES y algunas formas estandarizadas, por ejemplo, el Libro Rojo de la FIDIC.

En Colombia, por el contrario, la ausencia de una regulación suficiente del contrato de construcción, y de la distribución de los riesgos, permite evidenciar que el legislador colombiano está apartado de la realidad de aquel como una de las figuras negociales con mayor impacto en la actualidad. En consecuencia, consideramos necesario que en

a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone. 5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario.

⁷ *Artículo 32. De los contratos estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: 1. Contrato de obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto. [...]

Colombia exista una política de distribución del riesgo que resulte clara, equilibrada y proporcional, que esté plasmada en normas mínimas de tal forma, que por un lado, evite el surgimiento de conflictos y, por otro, en caso de presentarse éstos, se puedan obtener soluciones expeditas. Para lograr este propósito, consideramos apropiado revisar en el presente escrito el tratamiento que se está dando al riesgo en los procesos de estandarización del contrato de construcción, por tratarse de instrumentos jurídicos que recopilan las prácticas generalizadas de la contratación internacional y que además son elaborados por especialistas de la materia.

1. Concepto de riesgo

El riesgo asume un rol fundamental en el contrato de construcción, el cual por su estructura se afecta en modo directo debido a la influencia ejercida por las condiciones de mercado o por la complejidad de la organización del proyecto⁸.

Gran cantidad de autores que se han ocupado del tema, bromean sobre cómo el negocio de la construcción parece haber inspirado la formulación de las leyes de Murphy⁹.

El riesgo es un elemento tan importante para este tipo de contratos, que el derecho ha tratado de incorporarlo dentro de diferentes normas¹⁰, sin embargo no se le ha dado una definición legal¹¹.

⁸ GIOVANNI, CASELLA. *La Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, UTET, 2001, p. 71.

⁹ DAVID ARCE ROJAS. "El Contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas", *Revista Universitas*, no. 105, 2003, p. 285: "Curiosamente el contrato de obra, que no es un contrato aleatorio, está, sin embargo, envuelto en su ejecución por un clima de riesgo que amenaza la actividad del contratista y, por lo tanto, el resultado final"; JOHN MURDOCH y WILL HUGHES. *Construction Contracts, Law and Management*. 3ª ed., Spon Press, London y New York, 2000, p. 7: "The point about contractual risk is that, if one is repeatedly involved in construction, anything that can go wrong eventually will"; MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. "La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción". *Revist@ e-mercatoria*, vol. 6, n. 1, 2007, p. 2: "No obstante su utilidad y los innumerables beneficios que estos proyectos presentan para las economías, los grandes proyectos de ingeniería y construcción son considerados juegos de azar caracterizados por la gran cantidad de compromisos adquiridos por las partes".

¹⁰ El Código Civil italiano en la definición del "contratto de appalto" en el artículo 1655, utiliza el riesgo como elemento para la definición de dicho contrato. "Art. 1655 Nozione. L'appalto (2222 e seguenti) è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro".

A continuación, se presentan algunas definiciones doctrinales de riesgo. Inicialmente, se presentará un concepto amplio de riesgo, y posteriormente se restringirá para analizarlo con un sentido más próximo al contrato de construcción.

1.1. Riesgo en sentido amplio

El riesgo, en sentido amplio, es la contingencia o proximidad de un daño, cosa que puede suceder o no suceder, que puede ser previsto o imprevisto¹². Esta posibilidad de previsión, como lo menciona Becerra Salazar, no forma parte de la definición de riesgo; “por lo tanto un riesgo puede ser previsible o imprevisible; previsto o no previsto. El que sea previsto o no previsto es tan sólo un problema a la hora de tipificarlo, es decir, frente a los hechos futuros, una contingencia o se previó o no se previó”¹³.

En un sentido más jurídico, el riesgo se ha definido como aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor¹⁴. Asimismo, se define como la posibilidad de destrucción material o de deterioro de una cosa debida¹⁵.

1.2. Riesgo contractual

Al riesgo que se presenta en un contrato, se le denomina “riesgo contractual”; según Alpa¹⁶ puede tratarse de:

- El riesgo del incumplimiento cuando una de las prestaciones no resulta

¹¹ Las formas estandarizadas de FIDIC y la Guía de la UNCITRAL tampoco se han preocupado por definir el riesgo.

¹² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. En relación con la previsibilidad, el mismo diccionario define el verbo prever como: “ver con anticipación. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias”.

¹³ ÁLVARO BECERRA SALAZAR. *Los riesgos en la contratación estatal. Estimación, tipificación y asignación*, Bogotá, Leyer, 2008, p. 17.

¹⁴ FRANCESCO CONSENTINI. “Rischio, Teoria Generale”, II. *Digesto Italiano*, XX, Torino, 1916, p. 1044 citado por FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 2. ed., Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003, p. 133.

¹⁵ RENE DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, París, Rousseau, 1923, citado por FERNANDO HINESTROSA. *Ob. cit.*, p. 33.

¹⁶ GUIDO ALPA. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Italia, Giuffrè, 1981, p. 1146.

ejecutada por un hecho voluntario o culposo del deudor, por intervención de un tercero, por *factum principis*, o por un caso fortuito.

- El riesgo de la reducción de la satisfacción económica del negocio, por la preexistencia o el acaecimiento de circunstancias previstas, previsibles, o no previsibles que no comportan un incumplimiento en sentido técnico sino un cambio de la economía originaria del negocio.

En la primera hipótesis, podemos distinguir dos eventos diferentes: primero, cuando la causa de la inejecución es un acto que pueda ser imputado a un sujeto y segundo, cuando la prestación ha resultado inejecutada por una causa extraña. De los casos enumerados en la primera hipótesis para ALPA ambos son eventos de riesgo, y sólo vamos a considerar como riesgo acá en sentido estricto el segundo, es decir cuando la prestación no se ejecuta como consecuencia de un hecho extraño, un acto que no es imputable a las partes. Dejamos de lado y entonces, el primer evento en el cual la prestación no se puede ejecutar como consecuencia de un hecho del deudor, pues consideramos que se trata más bien de un evento de responsabilidad.

La segunda hipótesis, es decir, aquella en la que cambia la economía originaria del negocio, es una situación que también describe el riesgo en sentido estricto, en la cual la prestación ha sido ejecutada y sin embargo no produce la satisfacción económica deseada al perder parte de su utilidad económica.

Para delimitar el concepto de riesgo en sentido estricto, consideramos pertinente distinguirlo del concepto de responsabilidad. A este respecto, BETTI afirma que mientras la responsabilidad por incumplimiento pretende hacer recaer sobre el deudor incumplido la carga del daño generado por un hecho a él imputable, el riesgo contractual apunta a establecer cómo y quién va a soportar la pérdida de la ventaja prevista por las partes en el contrato^{17 18}.

¹⁷ EMILIO BETTI. *Istituzioni di diritto romano: ristampa inalterata*, 2. ed., Padova, Cedam, Antonio Milani, 1962, p. 405: "...chi debba sopportare, o come si debba repartire, la perdita del vantaggio che le parti si ripromettevano dall'attuazione dell'assetto d'interessi divisato... (perdita del c.d. commodum obligationis)".

¹⁸ Asimismo, MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL reconoce que "si bien es cierto que en caso de riesgo contractual se procede a establecer la afectación del patrimonio de una de las partes, a la manera que se hace en el resarcimiento del daño por incumplimiento, en el caso de riesgo de la cosa debida tal desplazamiento patrimonial no deriva de la responsabilidad por incumplimiento que pueda endilgarse a dicha parte, sino de la necesidad de restablecer un equilibrio en la posición de los contratantes, según criterios de funcionalidad de las relaciones

A partir de esta diferenciación, se considera que una vez se examine la situación de hecho y se deduzca que el incumplimiento no fue imputable a las partes, es en este momento que se analiza el tema del riesgo. Así, tanto más amplia es la esfera de responsabilidad menor es el ámbito del riesgo y viceversa¹⁹.

Por otra parte, a la par de las definiciones jurídicas antes mencionadas, algunas definiciones modernas han preferido abordar el riesgo de un contrato a partir de conceptos técnico-económicos.

Así, por ejemplo, SALANDRA lo define como la consecuencia económica de un evento incierto, poniendo el énfasis en el resultado producido por la materialización del riesgo²⁰. ALPA precisa la definición, en el sentido de que dicha incertidumbre debe tener un carácter objetivo y no simplemente tratarse del temor íntimo de una de las partes²¹.

Para LESSAR y MILLAR, el riesgo es la posibilidad de que el proyecto, sus eventos e impactos resulten diferentes a lo que se planeó originalmente²². RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ cita la definición adoptada por los Estándares de Construcción Británicos 4778 de 1979 que trata el riesgo como “el efecto combinado de la probabilidad de ocurrencia de un evento no deseado y la magnitud del evento”²³.

Es evidente que existen varias diferencias entre cada una de las definiciones enunciadas, pero en este caso sólo nos interesa resaltar las diferencias entre las definiciones jurídicas y las definiciones técnico-económicas.

Las definiciones jurídicas de riesgo son valoradas -negativamente-, en tanto consideran que de materializarse el riesgo necesariamente se producirá un perjuicio.

negociales”. “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, Roma, 2006, p. 200.

¹⁹ EMILIO BETTI. *Istituzioni di...*, p.409, afirma que en Roma esta correlación entre responsabilidad y riesgo la conocían claramente los juristas clásicos, por ejemplo en D.19.2.33.

²⁰ VITTORIO SALANDRA. *D'ell assicurazione, in comentario del codice civile*, A. SCIALOJA Y G. BRANCA (a cura di), libro cuarto, Delle obbligazione, Bologna-Roma, 1966, p. 236.

²¹ GUIDO ALPA. *Ob. cit.*, p. 1146.

²² DONALD LESSAR Y ROGER MILLAR. *Understanding and Managing Risk in Large Engineering Projects*, MIT Sloan School of Management, Sloan Working Paper 421401, 2001, p. 6.

²³ MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. “La problemática del riesgo...”, *cit.*, p. 4.

Por el contrario, las definiciones económicas son neutras pues también consideran que los riesgos son capaces de generar ventajas inesperadas.

En nuestra opinión, la principal diferencia entre ambos tipos de definiciones es que desde el punto de vista económico, el riesgo se entiende como una incertidumbre objetivamente “probabilizada”, o sea cuando la probabilidad objeto de verificación puede ser delimitada con parámetros precisos²⁴. Por el contrario, las definiciones jurídicas de riesgo lo consideran como cualquier posibilidad que pueda afectar el desarrollo del contrato sin importar su objetivación en cifras.

1.3. Riesgo en la construcción

Cuando se habla de riesgo en el tema de construcción, generalmente se hace desde el punto de vista económico²⁵, por lo que se establecen consideraciones sobre la probabilidad de su materialización y los efectos de ésta, con el fin de buscar mecanismos que permitan evitar o minimizar su impacto.

Dentro de este grupo de riesgos cuya incertidumbre está objetivamente “probabilizada”, el sector de la construcción sólo toma como verdaderos riesgos, aquellos que tienen probabilidad de materialización, pues existe una clara diferencia entre la previsibilidad y la paranoia. La mayoría de formas estandarizadas de contrato de construcción sólo se ocupan de los riesgos probables. En nuestra opinión, este criterio de previsibilidad debe ser considerado no en abstracto sino en consideración a la naturaleza específica del proyecto, pues dependiendo de ésta habrá diferentes tipos o clases de riesgos probables²⁶.

²⁴ GIOVANNI COMANDÉ. “Responsabilità, assicurazione e precauzione: un dialogo da costruire per il governo dei rischi”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, T. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 318. En el mismo sentido LESSAR, DONALD Y MILLAR, ROGER, *cit.*, p. 6.

²⁵ MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. “La problemática del riesgo...”, *cit.*, p. 4: “La determinación de riesgos y su repartición juegan un papel preponderante en la estructuración económica y financiera del proyecto y en la determinación del precio que se habrá de pagar al constructor de la obra”.

²⁶ Según, DONALD LESSAR Y ROGER MILLAR. *Ob. cit.*, p. 4: “Los proyectos de caminos y túneles, presentan altos niveles de riesgos, como por ejemplo, problemas del suelo escondidos entre las formaciones de rocas y la aceptabilidad social de la obra cuando se aplican tarifas para el usuario. Los proyectos de transporte urbano, no obstante hayan sido planeados adecuadamente, enfrentan riesgos de mercado, sociales e institucionales bajos y enfrentan riesgos técnicos altos, ya que generalmente incluye trabajo geológico bajo tierra”. MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. “La problemática del riesgo...” *cit.*, p. 3: “Por ejemplo, los proyectos

En Colombia, en cuanto a la definición del riesgo en los proyectos de infraestructura, hacemos referencia a la expuesta en el documento CONPES 3107, según el cual “los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se deben identificar las principales variables que determinan estos flujos. El riesgo se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”²⁷.

Hechas estas consideraciones que con respecto al concepto de riesgo realiza la doctrina y, en el caso colombiano, el Departamento Nacional de Planeación, procederemos a exponer en el ámbito internacional qué se entiende por clases, distribución y traslado de riesgo.

2. Regulación y distribución del riesgo en el ámbito internacional

2.1. Clasificaciones del riesgo

Existen diferentes clasificaciones de riesgo dependiendo del punto de referencia que se tome en consideración. Principalmente, se destacan dos criterios para la clasificación de los riesgos: subjetivos y objetivos.

Los criterios subjetivos, son aquellos que clasifican los riesgos desde el punto de vista de quién debe asumir la pérdida patrimonial por la materialización del riesgo. Los criterios objetivos, tienden a buscar características comunes en cada uno de los

petroleros que se ejecutan en mar abierto, es decir, mediante plataformas, son técnicamente difíciles de ejecutar, pero a su vez, no enfrentan los grados de riesgos relacionados con el medio ambiente o el impacto social que sí enfrentan otros tipos de proyectos también relacionados con el petróleo, pero que se adelantan en tierra firme. Un caso similar se presenta con aquellos proyectos relacionados con la generación de energía: aunque la construcción de una planta de generación de energía, como una hidroeléctrica o termoeléctrica, se enfrenta a unos muy limitados grados de riesgo con respecto al factor técnico y de ingeniería, sí se enfrenta a un alto grado de riesgo con relación al medio ambiente y al impacto social de las mismas. A su vez, la construcción de una planta nuclear enfrenta altos niveles de riesgo tanto en la parte técnica, como en la ambiental y social”.

²⁷ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Documento CONPES 3107, *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*, Bogotá, 2001, p. 9.

riesgos para clasificarlos en grupos según su probabilidad, origen, naturaleza o impacto en el proyecto.

2.1.1. Criterios objetivos

Existen múltiples clasificaciones de acuerdo con criterios objetivos, así, por ejemplo, ARCE ROJAS²⁸ clasifica los riesgos en dos: el riesgo normal y el riesgo imprevisible. El autor denomina “riesgo normal” al riesgo económico propio de la ejecución de la obra que está a cargo del contratista. Lo divide en tres clases de acuerdo con su origen: el riesgo administrativo, el riesgo comercial o empresarial y el riesgo económico coyuntural o comercial externo. El riesgo imprevisible, por su parte, lo define como un tipo de riesgo más amplio que el normal, que constituye una causa sobrevenida e imprevisible, la cual incide en la ejecución de la obra haciéndola más onerosa.

En nuestra opinión, la clasificación de los riesgos normales es incompleta pues deja por fuera categorías de riesgo reconocidas, como el riesgo ambiental y agrupa en una misma categoría riesgos a los que se les debe dar tratos diferenciados, como incluir en los riesgos empresariales los riesgos de la obra y del suelo sin diferenciarlos. Además, no considera los riesgos que pese a no hacer parte de la construcción, tienen influencia en el desarrollo del proyecto, como el riesgo de financiamiento de la obra y los riesgos al comercializar los productos del proyecto.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ²⁹, refiriéndose al contrato de construcción internacional clasifica los riesgos en dos: los que rodean un proyecto de infraestructura y los propios del desarrollo de la construcción.

En los primeros, el autor distingue entre los riesgos relacionados con la realización o terminación de las obras, con factores económicos y técnicos, con aspectos políticos, legales y de medio ambiente. En los segundos, acude a distinciones que han hecho otros autores como NICKLISCH³⁰, BUNNI³¹ y GROSSHAUSER³².

²⁸ DAVID ARCE ROJAS. *Ob. cit.*, pp. 285-287.

²⁹ MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. “La problemática del riesgo...”, *cit.*, p. 5.

³⁰ *Ibid.*, p.14, riesgos de construcción, operacionales, de suministro, comercial y político, legal y fuerza mayor.

³¹ *Ibid.*, riesgos relacionados directamente con la obras, con su financiamiento, con las partes y una clase genérica de riesgos.

Creemos que el problema de la clasificación presentada por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, es que existen zonas grises donde es difícil distinguir si el riesgo corresponde al proyecto de infraestructura o a la construcción. Estas zonas grises se explican en razón a que todos los riesgos inherentes al proyecto son también inherentes a la construcción, pero no todos los riesgos de la construcción afectan al proyecto. Por ejemplo, en relación con los riesgos de financiamiento, comercial y político, no es posible diferenciar claramente cuáles afectan al proyecto de infraestructura y cuáles a la construcción propiamente.

LESSAR y MILLAR, tienen una clasificación tripartita según la frecuencia con que se materializan los riesgos³³. Dicha clasificación consiste en: i. Riesgos relacionados con el mercado, es decir aquellos relacionados con las posibilidad de comercializar el producto una vez ejecutada la obra; ii. Riesgos técnicos, como aquellos relacionados con los inconvenientes de construcción que impiden terminar normalmente la obra, y iii. Riesgos institucionales, como los cambios en las legislaciones.

MACDONALD³⁴ tiene una clasificación más detallada de los riesgos en relación con su origen: culturales, políticos, económicos, técnicos y especiales. Esta clasificación, sólo toma en cuenta los riesgos normales de un proyecto de construcción, es decir aquellos cuya alea se encuentra dentro de las predicciones de los contratantes³⁵.

2.1.2. Criterios subjetivos

Dentro de las clasificaciones de los riesgos según criterios subjetivos, es decir, según la parte que deba asumirlos en caso de que se materialicen, encontramos, en primer lugar, la forma estandarizada del LIBRO ROJO que establece en su cláusula 17.3³⁶ cuáles son los riesgos del empleador. El problema que encontramos en dicha clasificación es que no existe ninguna cláusula que contenga cuáles son los riesgos del contratista, por lo cual podría concluirse, que todos aquellos riesgos que no sean

³² *Ibíd.*, riesgos asociados con aspectos técnicos del proyecto, con actos del hombre, con el periodo de mantenimiento.

³³ DONALD LESSAR, Y ROGER MILLAR. *cit.*, p. 6.

³⁴ C. MACDONALD, "Allocation of Risk in Major Infrastructure Projects - Why Do We Get it so Wrong?", *International Construction Law Review*, n. 1, 2001, p. 345.

³⁵ ALBERTO TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones*, 7. ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2008, p. 347.

³⁶ FIDIC RED BOOK, Conditions of contract, 1999, Clause 17.3.

del empleador son del contratista. También podría sostenerse que la cláusula 17.3 sólo se refiere a los riesgos por daño y pérdida, pero no a aquellos que son causados por la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato.

Otra clasificación de los riesgos de acuerdo con los sujetos que los soportan es la que hace BENSON³⁷. En esta clasificación no se atiende únicamente a quienes son partes en el contrato sino que se considera a todos los participantes en el proyecto, tales como el interventor, los subcontratistas y los proveedores.

Estas clasificaciones son útiles en tanto resuelven parte del problema sobre la distribución del riesgo, sin embargo, no pueden ser absolutas ya que la distribución del riesgo puede ser objeto de disposiciones de las partes en el contrato, o bien pueden variar de un ordenamiento a otro³⁸.

2.2. Distribución del riesgo

El problema de distribución de riesgos forma parte de un tema mucho más amplio que se denomina manejo del riesgo. Por esta razón, antes de proceder a analizar el problema de cómo se distribuye el riesgo en el contrato de construcción se abordará el tema del manejo de éste.

El manejo del riesgo en un proyecto de construcción es el conjunto de políticas sobre la administración, identificación y distribución de los riesgos inherentes a un proyecto de infraestructura.

LESSAR y MILLAR, distinguen dos políticas diferentes de manejo de riesgo³⁹:

1. Una aproximación decisionista que considera que los riesgos son exógenos y que toma los proyectos como apuestas con base en opciones y probabilidades.

Esta primera postura se conforma con identificar los riesgos, estimar la probabilidad de materialización y apostar a un proyecto.

³⁷ ROBERT BENSON. *Construction management, Allocation and transfer of construction project risk*, p. 2.

³⁸ Diferentes ordenamientos asignan los mismos riesgos a partes diferentes, así como las formas estandarizadas de contrato tienden a reproducir en su distribución de riesgos la que se usa en su país de origen.

³⁹ DONALD LESSAR Y ROGER MILLAR. *cit.* p. 9.

2. Una aproximación desde el punto de vista de la administración que considera que los riesgos son una interacción entre factores exógenos, decisiones de manejo y formación de los elementos productores de riesgo.

Por el contrario, la segunda postura considera que, pese a que los riesgos dependen de factores exógenos dejados al alea, existen factores endógenos que pueden manejarse y dirigirse a impedir la materialización de los riesgos.

Hoy en día ningún proyecto de adquisición de infraestructura opta por una política de riesgos que sólo estime las probabilidades de materialización. Todos los proyectos deben considerar qué factores endógenos están a su alcance y tratar de dirigir el desarrollo del proyecto. Sin embargo, esto no es posible con todos los riesgos porque siempre existirá un grupo de factores que son completamente incontrolables y sobre los cuales la única posibilidad es asumirlos, de allí que existan políticas de mitigación de los efectos de la materialización de un riesgo.

Una vez tratado el tema de manejo del riesgo, es preciso abordar la distribución del mismo en los contratos de construcción.

El contrato es la principal herramienta para fijar la distribución de los riesgos del proyecto, y debe realizarse de acuerdo con unos parámetros lógicos⁴⁰. Los pasos para distribuir los riesgos son⁴¹:

1. Identificación;
2. Determinación de su probabilidad e intensidad;
3. Asignación.

En cuanto al primer paso, es decir, el de identificar cuales son los riesgos que suponen un verdadero peligro para el proyecto, se debe considerar que cada tipo de proyecto

⁴⁰ NAEL BUNNI. *FIDIC's New Suite of Contracts* –Clauses 17 to 19 Risk, Responsibility, Liability, Indemnity, Insurance and Force Majeure. En el mismo sentido RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO, “La problemática del riesgo...”, *cit.*, p. 2: “El contrato de construcción es parte integral en la estructuración de todo proyecto de infraestructura y tiene como función principal, o por lo menos una de ellas, plasmar la política de riesgos inherentes al proyecto que ha sido acordada por las partes previamente y a su vez, establecer de manera clara quiénes serán los responsables o en cabeza de quién estarán los riesgos que pudiesen materializarse durante la vigencia del contrato”.

⁴¹ JOHN MURDOCH. *Ob. cit.*, p. 7.

de construcción tiene su propio grupo de riesgos de acuerdo con su naturaleza⁴². La identificación de los riesgos corresponde a una actividad conjunta de las partes en la planeación del proyecto. Existen diversas técnicas de identificación de riesgos que pueden ser agrupadas principalmente en dos: “La primera es una evaluación subjetiva o de juzgamiento profesional por parte de las personas involucradas en el proceso o proyecto. La segunda es una posición objetiva en donde métodos de evaluación teórica o matemática son usados para analizar los posibles riesgos que se pueden materializar en un determinado proyecto”⁴³.

Las partes deben tratar de identificar todos los riesgos relevantes dentro del contrato. Aun si no pactan nada sobre un riesgo particular, de todas formas éste corresponderá a una de ellas⁴⁴. Si se trata de un riesgo que debió ser conocido por una de las partes y ésta no se ocupó de su manejo, deberá responder. Uno de los puntos esenciales en la identificación de los riesgos, es entender que es imposible identificar todos los que pueden presentarse dentro de la ejecución de un proyecto.

Una vez identificados los riesgos, el segundo paso es analizar la probabilidad de su materialización y la intensidad del efecto que tendrán sobre el proyecto con el fin de establecer políticas de manejo y determinar qué parte está en mejor condición de manejarlos.

El tercer paso es la asignación de los riesgos a cada una de las partes. Esto significa que la parte a la que se le asigne el riesgo tendrá que hacerse cargo de las consecuencias de las pérdidas o daños que se ocasionen sin recibir una indemnización de la otra parte.

⁴² DONALD LESSAR Y ROGER MILLAR. *Ob. cit.*, p. 2: “Risks also differ according to types of projects. For instance, *oil platforms* are technically difficult, but they typically face few institutional risks because they are often built far from public attention and are socially desired because of the high revenues they bring to communities and countries. *Hydroelectric-power projects* tend to be moderately difficult insofar as engineering is concerned, but very difficult in terms of social acceptability. *Nuclear-power projects* pose high technical risks but still higher social and institutional risks”.

⁴³ MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. “La problemática del riesgo...”, *Cit.*, p. 18.

⁴⁴ JOHN MURDOCH Y WILL HUGHES. *Ob. cit.*, p. 7.

Uno de los puntos básicos en la asignación del riesgo es determinar a quién se asignarán aquellos riesgos que no han sido previstos, en otras palabras, quien asume el riesgo residual (“the default position”)⁴⁵.

Por riesgo residual (“default position”) se entiende aquel riesgo que no fue identificado ni distribuido por las partes debido a la imposibilidad para preverlo. Entonces, si éste se materializa corresponderá soportar la pérdida derivada de éste a aquella parte a la cual se le haya asignado.

En la mayoría de las formas contractuales estandarizadas, así como en gran cantidad de países, el riesgo residual es del contratista, salvo que se pacte en contrario. Encontramos ejemplos de lo anterior en la cláusula 17⁴⁶ del LIBRO ROJO, así como las recomendaciones del capítulo XIV de la GUÍA UNCITRAL y el artículo 1655 del Código Civil italiano. Sólo el Instituto Americano de Arquitectos (American Institute of Architects) ha optado por asignar el riesgo residual al empleador.

JESSE GROVE III considera que la asignación del riesgo residual es un problema de poca importancia en eventos en los que se utilicen formas sofisticadas de estandarización del contrato de construcción⁴⁷, ya que éstas distribuyen todos los riesgos relevantes y los riesgos no distribuidos raramente ocurren. Pese a lo anterior, considera que en caso de que este riesgo extraordinario se materialice es mejor que lo soporte la parte que tenía el beneficio a largo plazo.

Existen muchas formas de distribuir el riesgo y, entre ellas, las partes pueden elegir la que más les convenga.

Tradicionalmente, la forma de distribuir los riesgos era asignárselos todos al contratista. Era una solución sencilla y fácil de incorporar dentro del contrato. Se cargaba al contratista con todos los riesgos del proyecto pues se consideraba que de

⁴⁵ JESSE B.GROVE III. *Consultant's Report on Review of General Conditions of Contract for Construction Works for the Government of the Hong Kong Special Administrative Region*, [HTTP://WWW. CONSTRUCTIONWEBLINKS.COM](http://www.constructionweblinks.com).

⁴⁶ FIDIC RED BOOK, Conditions of contract, cit., Clause 17.

⁴⁷ JESSE GROVE III. *Ob. cit.*, para el estudio que realizó sobre la distribución del riesgo, acudió a 13 formas estandarizadas de contrato de construcción, entre las que encontramos las elaboradas por la FIDIC, y el JCT. Cfr. *The Grove Report: APPENDIX B, Treatment of Specific Risks Under Selected International Standard Forms of Contract*.

esta forma sería más diligente en prevenir la materialización de los mismos⁴⁸. Además, se consideraba que parte del precio que recibe el contratista es por administrar el riesgo del proyecto y, con base en la autonomía privada, éste podría determinar si el precio que se le pagaba era suficiente retribución por haber soportado el riesgo del proyecto. En caso que el contratista considerara que el riesgo era desproporcionado con relación al precio que se le ofrecía, podía abstenerse de contratar por el precio ofrecido.

Hoy en día, cargar al contratista con todos los riesgos del proyecto es una práctica que ha sido calificada como inconveniente y ha desaparecido paulatinamente del campo de la construcción, aunque se mantiene en algunos países en vías de desarrollo, por ejemplo en Colombia, donde la tendencia es acogida por el gobierno en los Documentos CONPES⁴⁹.

Se han formulado dos críticas principales al hecho de cargar con todos los riesgos al contratista.

La primera es que se ha entendido como fundamental que la transferencia del riesgo de una parte a otra esté acompañada de un beneficio financiero⁵⁰. Como resultado, la transferencia de todos los riesgos termina inflando el precio total de la obra en caso de que éstos no se materialicen, pues el empleador terminará pagando un valor excesivo sobre lo que realmente vale la obra. Lo anterior, suponiendo que el contratista ha sido diligente y ha examinado cuidadosamente cuál es el valor de administrar los riesgos de la ejecución. Por el contrario, si el contratista no ha valorado adecuadamente los costos de la administración de los riesgos, presentará una oferta por debajo del valor real y en el evento en que se materialicen los riesgos no podrá manejarlos, lo que seguramente desencadenará una querella.

La segunda crítica es que cargar al constructor con un genérico “todos los riesgos”, puede terminar generando una gran cantidad de reclamaciones por parte del contratista, quien aduciría el principio de equilibrio del contrato. El problema es que en los mercados que son muy competitivos, la relación oferta-demanda hace que los

⁴⁸ PHILIP CAPPER. *Basic Choices in the Allocation and Management of Risk. Contributions to the “Whose Risk?”*, conferencia en Hong Kong en Noviembre de 2000, p. 5.

⁴⁹ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Documento CONPES 3107. *cit.*, p. 3.

⁵⁰ JOHN MURDOCH Y WILL HUGHES, *Ob. cit.*, p. 37.

precios que se pagan por la ejecución de un proyecto sean particularmente bajos, lo que reduce las utilidades de los contratistas. Lo anterior ha ocasionado que los contratistas busquen nuevas fuentes de utilidades y han encontrado en las reclamaciones la oportunidad perfecta para obtenerlas⁵¹.

Así, transferir todos los riesgos al contratista puede parecer una solución sencilla para el empleador por considerar que permanecerá libre de riesgo. Sin embargo, todos estos riesgos pueden terminar regresando hacia él, como un boomerang, por la vía de las reclamaciones.

Superada la primera forma de distribución del riesgo, la contratación moderna actualmente prefiere repartir los riesgos entre las partes para evitar de una parte, que el precio se vea excesivamente inflado por el componente de administración de riesgo y, de otra, dar al contratista la menor oportunidad de elevar reclamaciones al empleador. A continuación se presentan varios de los criterios de distribución del riesgo que se encuentran en la práctica internacional.

Llama la atención que una de las formas estandarizadas de contrato de construcción más utilizadas, como es el LIBRO ROJO, presente serios problemas respecto a la forma en que aborda los riesgos dentro del contrato de construcción.

Principalmente, ha sido criticada la forma errática en que la cláusula respectiva⁵² ha sido redactada pues agrupa de forma incoherente diversos temas como las

⁵¹ PHILIP CAPPER. *Ob. cit.*, p. 3: "Again, to consider a more radical point of view: how should we treat the risks themselves? Indeed, what are risks? Are they challenges? Or, are they opportunities? We talk about them as if they are undesirable but, as Mr. GROVE has shown; experienced contractors typically regard them as an opportunity. Why? Because they are an opportunity for claims. Imprecise addressing of risk in contracts creates fertile ground for contractors' and sub-contractors' claims".

⁵² FIDIC RED BOOK. CIT, *Clause 17.3*. The risks referred to in Sub-Clause 17.4 (Consequences of Employer's Risks) below, insofar as they directly affect the execution of the Works in the Country are: a) war, hostilities (whether war be declared or not), invasion, act of foreign enemies, b) rebellion terrorism, sabotage by persons other than the Contractor's Personnel, revolution, insurrection, military or usurped power, or civil war, within the Country, c) riot, commotion or disorder within the Country by persons other than the Contractor's Personnel, d) munitions of war, explosive materials, ionising radiation or contamination by radio-activity, within the Country, except as may be attributable to the Contractor's use of such munitions, explosives, radiation or radio-activity, within the Country, except as may be attributable to the Contractor's use of such munitions, explosives, radiation or radio-activity, e) pressure waves caused by aircraft or other aerial devices travelling at sonic or supersonic speeds, f) use or occupation by the Employer of any part of the Permanent Works, except as may be specified in the Contract, g) design of any part of the Works by the Employer's Personnel or by others for

obligaciones de mantener indemne al empleador ("Indemnities"), la responsabilidad de las partes, el riesgo y algunas disposiciones sobre propiedad industrial. También debe anotarse que no consagra ninguna consideración diferente a la de la cláusula 17.3⁵³, donde define cuáles son los riesgos que corren por cuenta del empleador. De esta forma, como hay silencio respecto a los demás riesgos, se entiende que el LIBRO ROJO, pone al contratista en *default position*, y asume todos aquellos riesgos que no le estén atribuidos al empleador.

Por su parte, la GUÍA de la UNCITRAL⁵⁴, expone las siguientes consideraciones para la distribución del riesgo por daños o pérdidas:

- Primero, cuál de las partes está en condiciones de asegurar las mercancías a menor costo, o conforme al contrato de obras ha de tomar el seguro para cubrir las pérdidas o daños de que se trate, o se encuentra en mejores condiciones de reclamar contra el asegurador.
- Segundo, cuál de las partes puede controlar mejor las circunstancias que podrían dar lugar a pérdidas o daños. Generalmente, será la parte bajo cuya tenencia se encuentra el equipo
- Tercero, la inconveniencia de un traspaso múltiple del riesgo entre las partes.
- Cuarto, cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones para recuperar y vender el bien dañado.

Junto con lo anterior, la GUÍA recomienda que se establezcan cuáles son los riesgos excluidos, es decir aquellos que corren por cuenta únicamente del empleador.

Por otro lado, GROVE⁵⁵, toma cuatro criterios para la distribución del riesgo:

El primero, basado en la culpa, donde los impactos de costo y tiempo del riesgo deben ser soportados por la parte que los cause o que debió evitarlos. Este criterio no sirve para distribuir los riesgos que no son causados por las partes pues sólo se ocupa de

whom the Employer is responsible, and h) any operation of the forces of nature which is Unforeseeable or against which an experienced contractor could not reasonably have been expected to have taken adequate preventive precautions.

⁵³ FIDIC RED BOOK, CIT., Clause 17.3.

⁵⁴ UNCITRAL, GUÍA, Cap. XIV, pp.167 y ss.

⁵⁵ JESSE GROVE III. *Philosophies of risk allocation...*, Cit.

distribuir los riesgos que han sido causados por una de las partes, lo que en sentido jurídico corresponde más a un juicio de responsabilidad⁵⁶.

El segundo es el de la previsibilidad, según el cual, el empleador debe pagarle al contratista por aquellos riesgos que razonablemente un constructor experimentado pudiera prever. Por tanto estos riesgos deben ser soportados por el contratista, en tanto que está siendo pagado por esto. Sin embargo, este criterio no es adecuado para la distribución de riesgos que son i. Previsibles en términos generales, pero no en términos específicos; ii. Imprevisibles pero resistibles, y iii. Imprevisibles e inasegurables.

El tercer criterio, es el del manejo, según el cual, el riesgo pertenece a la parte que está en mejores condiciones de evaluarlo y controlarlo, ya que ésta hará un mejor trabajo en minimizar las posibilidades de su ocurrencia. El empleador generalmente tiene mejor condición de evaluar los riesgos previos al inicio de las obras, mientras que el constructor tiene mejor condición para manejar los riesgos que se van presentando durante el transcurso de las mismas.

Este criterio tiene problemas en distribuir aquellos riesgos que no están en la esfera de control de las partes, por lo que permanecerían con la parte que asumió el riesgo residual (*default position*). Además, existen riesgos que deben ser manejados tanto en etapas previas como posteriores al inicio de las obras, por lo que no hay claridad sobre quién debe soportarlos.

El cuarto criterio es el del interés, según el cual, la parte que tiene mayor interés en que no se materialice el riesgo debe soportarlo. Sin embargo, se considera que este criterio presenta el inconveniente de que ambas partes tienen el mismo interés en que el riesgo no se materialice.

⁵⁶ PHILLIP CAPPER. *Ob. cit.*, p. 2: "What sorts of things actually happen on major projects? Turbines fail after practical completion. Safety approval proves to be far more difficult to achieve than anyone could imagine. A critical principal finishing contractor becomes insolvent. The market costs of key elements increase. The question of who is at fault for those kinds of issues in a sense is a pointless question. Rather, one must first determine who has agreed under the contract to bear such a risk, or contractually undertaken that it will not occur. It is by defining where the risk has been allocated that the definition of fault arises, not the other way round".

Para GROVE, ninguno de los criterios enunciados es suficiente para distribuir los riesgos. En su opinión no hay una fórmula ideal para esta distribución, pues todas mantienen sus respectivas complicaciones.

Por último, según CAPPER⁵⁷ el problema de la distribución del riesgo está en que el uso de formas estandarizadas no permite ningún tipo de flexibilidad en la forma como se aborda un proyecto de construcción. El autor considera que ningún contratista que se dedique habitualmente a la construcción debe utilizar las formas estandarizadas de contratos de construcción, ya que la aproximación de éstas a la distribución del riesgo no diferencia entre los distintos tipos de proyectos de adquisición de infraestructura. Asimismo, considera que la distribución de riesgos debe ser uno de los temas objeto de la negociación del contrato y no simplemente tratar de adoptar los criterios que una forma estandarizada de contrato establece, sin considerar las características especiales del negocio.

CAPPER también propone aproximaciones más creativas en torno a este problema, como son las formas de contratar “Diseña y Construye” (Design and Build) y las formas de colaboración como la asociación (partnering) o los contratos a riesgo compartido (joint venture).

En cuanto a la contratación de obras en la forma “Diseña y Construye”, ella concentra la actividad del diseño de las obras -que bajo un sistema tradicional está a cargo del empleador- y la construcción de la obra, lo que evita una gran cantidad de problemas que se presentan en el sistema tradicional⁵⁸. La ventaja respecto a la distribución del riesgo en este tipo de contratos, es que permite mayor flexibilidad en la búsqueda de soluciones, una vez el riesgo se ha materializado, pues por medio del rediseño se abren mayores posibilidades de minimizar la influencia del riesgo⁵⁹.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ PAUL CULLINAN. *Design Liability*, en [HTTP://WWW.TUNNELSONLINE.INFO](http://www.tunnelsonline.info), p. 2: “There will generally be an implied warranty by the constructor that the completed works be reasonably fit for their intended purpose. The exception to this, and it is a wide one, is that where the works are undertaken according to detailed plans and specification prepared by others then it will be difficult to enforce such a warranty. It is obvious then that traditional procurement, where a constructor builds according to a design prepared by another, will bring a constructor within that exception”.

⁵⁹ Sin embargo, la GUÍA de la UNCITRAL advierte fuertemente contra el rediseño, pues podría requerir una revisión completa del contrato.

Encontramos una crítica a este sistema en la GUÍA de la UNCITRAL⁶⁰, en la cual se considera que durante el proceso de selección es difícil la comparación entre los diferentes diseños, además que los oferentes tienden a concentrarse en ofrecer un precio atractivo dejando de lado los criterios sobre calidad y durabilidad de la obra.

Respecto a las formas asociativas, podemos decir que la ventaja que presentan reside en que por su naturaleza se hace innecesaria la distribución de los riesgos entre las partes. Sin embargo, tienen en contra que el beneficio a largo plazo del proyecto deberá ser compartido entre quien desea iniciar el proyecto y quien ofrece su ayuda para la ejecución. También puede que resulte imposible encontrar sujetos dispuestos a participar en el proyecto, pues su riesgo es excesivamente alto, o los beneficios a largo plazo no justifican la inversión⁶¹.

Una vez presentadas las formas de distribución del riesgo establecidas en el LIBRO ROJO, en la GUÍA UNCITRAL y en el planteamiento de algunos doctrinantes, a continuación se mencionarán maneras no formales de distribución del riesgo que son producto de la práctica:

- En primer lugar, una forma mediante la cual las partes eligen distribuir el riesgo parcialmente, según el sistema de fijación de precios que se use.
 1. Cuando las partes contratan bajo la modalidad de precio alzado, esto es una forma de cargar todos los riesgos al contratista, pues éste sólo recibe un único valor como precio, independiente de las variaciones que pueda sufrir el proyecto, salvo que exista pacto que permita revisar el precio⁶².
 2. Por el contrario, cuando se acoge el sistema de costos reembolsables, el riesgo es soportado por el empleador, pues éste deberá cancelar al contratista el valor total de las obras más un porcentaje correspondiente a la utilidad, salvo que existan pactos que regulen de otra forma el

⁶⁰ UNCITRAL, GUÍA PARA LA REDACCIÓN DE CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS INDUSTRIALES, p. 17.

⁶¹ Por ejemplo, las obras que tienen como objetivo crear un impacto social.

⁶² Sin embargo, la gran mayoría de contratos contienen cláusulas de revisión de precios, en los eventos que sobrevenga un grave desequilibrio económico. Un ejemplo es la cláusula 13.8 del LIBRO ROJO de la FIDIC.

pago. Cuando las obras son contratadas por la administración pública, no es usual que se adopte este sistema de pago, ya que se debe preservar el patrimonio público.

- En segundo lugar, una práctica muy común y recomendada es la transferencia de los riesgos a un tercero, es decir un asegurador. Siempre que sea posible y que se haga a un costo razonable debería trasladarse el riesgo a un asegurador⁶³.

La Guía de la UNCITRAL, recomienda que se obligue al contratista a tomar ciertos seguros, generalmente sobre riesgos que en caso de materializarse sobrepasarían la capacidad financiera del contratista⁶⁴.

Trasladar el riesgo a un asegurador, tiene la ventaja que el riesgo se pone en manos de un profesional de la actividad que cuenta con los medios más idóneos para administrar el riesgo transferido. La Guía de la UNCITRAL, recomienda que se tomen dos tipos de contratos de seguros:

- Seguro de cosas. Para asegurarse contra los daños en las instalaciones.
- Seguro de responsabilidad. Para asegurar la responsabilidad extracontractual del contratista por pérdidas.

Consideramos que, pese a que son una herramienta útil de manejo del riesgo, los contratos de seguros no solucionan el problema de la distribución del riesgo, pues en últimas el riesgo que se va a asegurar debe ser trasladado de una de las partes a la aseguradora. Además la parte a la que le fue atribuido el riesgo es la responsable por el pago de la prima⁶⁵.

Para terminar, es preciso decir que el problema de la distribución del riesgo, aunque se reputa como saldado una vez se celebra el contrato, puede ser alterado en el curso de la ejecución, no sólo mediante la revisión del contrato sino mediante la conducta de

⁶³ JESSE GROVE. *Ob. cit.*

⁶⁴ UNCITRAL, Guía, cit., p. 181.

⁶⁵ JESSE GROVE III. *Ob. cit.*: "Of course, it is the employer who pays the premium for the insurance (regardless of who must obtain it) so this should be seen as allocating risk to the employer".

las partes una vez se ha materializado el riesgo. Esto se debe a que finalmente todo riesgo se traduce en el precio que debe pagar el empleador al constructor⁶⁶.

Asimismo, puede haber casos en los que la asignación del riesgo a una parte no corresponda con quien termina asumiéndolo. Por ejemplo, puede que un riesgo asignado al empleador termine siendo soportado por el contratista, en el evento en que éste último no presente reclamación. Y viceversa, un riesgo asignado al contratista puede terminar siendo asumido por el empleador si una vez presentada la reclamación éste último la acepta.

2.3. Traslado del riesgo

Una vez aprobada la obra o el empleador toma posesión de ésta, el contratista traspasa finalmente todos los riesgos que se encuentran a su cargo al empleador y es a partir de este momento que éste soportará cualquier pérdida o deterioro que sufra la construcción⁶⁷. Este traspaso final del riesgo no es una forma de administrar el mismo, sino el efecto de la terminación del contrato por la ejecución de la obra.

Anteriormente observamos, dentro de las obligaciones del empleador, que éste debe recibir las obras dentro del periodo que se ha establecido en el contrato⁶⁸. La razón es

⁶⁶ REINHARD ZIMMERMAN. *Ob. cit.*, p. 401.

⁶⁷ Salvo en lo relativo a las garantías de funcionamiento.

⁶⁸ La cláusula 10.1 del LIBRO ROJO de la FIDIC establece el momento en que debe hacerse la toma de posesión de la obra: "*Clause 10.1 Taking over of the works and subsections*. Except as stated in Sub-Clause 9.4 (Failure to Pass Tests on Completion), the Works shall be taken over by the Employer when (i) the Works have been completed in accordance with the Contract, including the matters described in Sub-Clause 8.2 (Time for Completion) and except as allowed in sub-paragraph (a) below, and (ii) a Taking-Over Certificate for the Works has been issued, or is deemed to have been issued in accordance with this Sub-Clause. The Contractor may apply by notice to the Engineer for a Taking-Over Certificate not earlier than 14 days before the Works will, in the Contractor's opinion, be complete and ready for taking over. If the Works are divided into Sections, the Contractor may similarly apply for a Taking-Over Certificate for each Section. The Engineer shall, within 28 days after receiving the Contractor's application: 1. issue the Taking-Over Certificate to the Contractor, stating the date on which the Works or Section were completed in accordance with the Contract, except for any minor outstanding work and defects which will not be substantially affect the use of the Works or Section for their intended purpose (either until or whilst this work is completed and these defects are remedied); or 2. reject the application, giving reasons and specifying the work required to be done by the Contractor to enable the Taking-Over Certificate to be issued. The Contractor shall then complete this work before issuing a further notice under this Sub-Clause. If the Engineer fails either to issue the Taking-Over Certificate or to reject the Contractor's application within the period of 28 days, and if the Works or Section (as the case may be) are substantially in accordance with the Contract, the Taking-Over Certificate shall be deemed to have been issued on the last day of the period".

que evidentemente no se puede dejar eternamente al contratista soportando el riesgo por pérdida o deterioro, pues hay una tendencia natural a la regla *res perit dominus*.

Una vez trasladado el riesgo al empleador, éste no puede reclamarle el pago por la materialización de uno de los riesgos que el contratista tenía bajo su control, salvo que la pérdida se deba a un problema de la construcción que el contratista esté obligado a subsanar.

El traspaso final del riesgo puede darse en dos momentos:

1. Con la aceptación de que las obras han sido ejecutadas de conformidad con lo establecido en el contrato.
2. Con la toma de posesión por parte del empleador de las instalaciones.

La GUÍA UNCITRAL establece que la aceptación de la obra puede hacerse previa o posteriormente a la toma de posesión⁶⁹. Asimismo, recomienda que el traspaso del riesgo se haga con la toma de posesión de la obra por parte del empleador independiente de si ésta es previa o posterior a la aceptación, pues a partir de este momento el empleador se hace cargo de las obras y en consecuencia, podrá controlar las circunstancias que lleven a causar pérdidas o daños.

Sin embargo, creemos importante establecer con claridad los efectos jurídicos de cada una de las actuaciones señaladas, ya que puede que pase un largo tiempo entre una y otra, aunque generalmente los contratos ponen límites de tiempo máximo.

En el evento en que las partes no acuerden si el traspaso del riesgo se concreta con la aprobación de la obra o con la toma de posesión, la regla sobre la distribución de riesgos de acuerdo con la esfera de control nos indica que la parte que tiene mejor control sobre el riesgo es la parte llamada a soportarlo. Por lo anterior, podríamos concluir que si hay silencio respecto al traslado final del riesgo, éste sólo se concretará cuando el empleador tome posesión de la obra, pues sólo hasta este momento estará en mejor posición que el contratista para controlar el riesgo.

⁶⁹ Las cláusulas 9 y 10 del LIBRO ROJO de la FIDIC, dan a entender que la toma de posesión de la obra sólo puede hacerse una vez se ha aceptado ésta.

Conclusiones sobre el problema del riesgo

El tema del riesgo en los contratos debe diferenciarse claramente del de la responsabilidad. Es usual encontrar en la doctrina clasificaciones de “riesgos” que no hacen más que referirse a eventos de incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato que, al ser imputables a las partes, corresponden más bien a casos de responsabilidad. Por ello, consideramos pertinente reiterar la necesidad de diferenciar estos dos conceptos, pues al identificar y, sobre todo, al asignar un determinado valor a un “riesgo” que en realidad es un evento de responsabilidad por incumplimiento lo que puede estar fijándose es un límite a la responsabilidad.

En relación con las clasificaciones de riesgo, podemos concluir que tanto aquellas basadas en criterios objetivos como las fundamentadas en criterios subjetivos presentan problemas, al resultar incompletas o excluyentes respecto de algunos tipos de riesgos. Consideramos que si bien dichas clasificaciones, desde el punto de vista metodológico, pueden ser útiles, en la práctica, frente a la identificación o tipificación de los riesgos de un proyecto, no son suficientes, pues existen algunas “zonas grises” que no nos permiten considerar un riesgo como totalmente normal o imprevisible; o como totalmente presente en la construcción o simplemente rodeando la misma; o como exclusivo del empleador o del constructor.

Por ello, más que preocuparnos por clasificar los riesgos, debemos enfocarnos en su manejo. Como ya mencionamos, el manejo o administración del riesgo cobija el tema de su distribución. Este tema fue tratado en el pasado como una cuestión de poca importancia que se reducía a atribuir todos los riesgos al contratista. Sin embargo, estas prácticas conllevaron la existencia de múltiples reclamaciones que se devolvieron al empleador como un boomerang. Por este motivo, hoy en día la doctrina es consciente de la necesidad que existe de analizar adecuadamente la distribución del riesgo; de esta manera, el problema de su identificación, valoración y asignación está siendo abordado por equipos interdisciplinarios que analizan este punto desde las perspectivas del derecho, la ingeniería, el cálculo actuarial, la arquitectura y la estadística, entre otras.

No obstante, el análisis realizado por estas disciplinas es muy valioso para llevar a cabo una adecuada distribución de los riesgos de un proyecto; en lo que tiene que ver con el derecho, consideramos que a partir del estudio del tratamiento que la doctrina y

los instrumentos internacionales hacen en materia de riesgo, es posible enunciar algunas pautas o parámetros que deberían ser tomadas en cuenta a la hora de distribuir los riesgos en un contrato de construcción, tales como:

a. Tratamiento diferenciado dependiendo de la naturaleza del contrato

La primera consideración que debemos hacer es que el tratamiento que se dé, en relación con la distribución del riesgo en el contrato de construcción, tiene que atender a su naturaleza jurídica, es decir como contrato conmutativo.

Asimismo, se debe tener en cuenta que cada contrato de construcción es diferente de acuerdo con el nivel de complejidad técnica, financiera, social, económica y jurídica. Por tanto, no es adecuado establecer una política generalizada de distribución del riesgo, sin atender al tipo de proyecto que se pretende ejecutar, ya que los riesgos se manifiestan en diferente intensidad y producen efectos diversos.

b. Distribución de los riesgos previsibles según la esfera de control de cada parte respecto a la obra

Dentro de cada contrato de construcción se deben tipificar, estimar y atribuir a cada una de las partes los riesgos que puedan afectar su normal desarrollo. La distribución puede hacerse de cualquier forma que las partes consideren conveniente. En caso de que se materialice un riesgo que debió haber sido previsto pero las partes no lo regularon en el contrato, deberá asumirlo la parte que habiéndolo conocido o debido conocer no lo reguló al momento de la celebración del contrato.

En nuestra opinión, dicha distribución de los riesgos debe hacerse atendiendo a qué parte tiene dentro de su esfera de control el riesgo previsto; es decir, que debe asumirlo la parte que (en caso de que se materialice) está en capacidad de tomar las medidas necesarias para su control y para la mitigación de sus efectos. Así, dependiendo de la naturaleza del riesgo, una u otra parte tendrán dominio sobre él. Por ejemplo, se considera que el contratista es la parte que está en mejor posición de controlar los riesgos internos que pueden afectar la construcción de la obra.

c. Asignación de los riesgos que no hayan podido ser previstos en el contrato

Aunque es ideal identificar y distribuir los riesgos que pueden presentarse en el desarrollo del contrato de construcción, existen riesgos que por su naturaleza, no pueden ser previstos dentro del mismo. Sin embargo, como se dijo anteriormente, todo riesgo incluso los que no se hayan podido prever, deben quedar atribuidos a una de las partes desde el inicio del contrato, la cual será la que asuma los efectos de su materialización. Todo contrato debe establecer claramente cuál de las partes toma esta posición.

En nuestra opinión, el dueño de la obra o empleador debe ser la parte que asuma los efectos de la materialización de los riesgos que no se hayan podido prever en el contrato, pues por un lado, el constructor no debe asumir riesgos por los cuales no está recibiendo contraprestación alguna, y por otro, el empleador es quien tiene el beneficio a largo plazo de la obra y a iniciativa de quien se inició el proyecto.

d. Superar el criterio de la oferta más baja para seleccionar al contratista

Uno de los criterios en que los dueños de la obra se fundamentan para adjudicar el contrato al constructor es aquel de la oferta con el precio más bajo. Este fenómeno se presenta especialmente cuando el dueño de la obra es la administración pública. Es natural por tratarse de dineros públicos, que la Administración deba procurar hacer el mejor uso de éstos. Sin embargo, consideramos que dicho criterio es inconveniente en cualquier tipo de proyecto, pues motiva a los oferentes menos escrupulosos a reducir artificialmente el valor de sus ofertas con la expectativa de obtener el contrato y posteriormente obtener algún tipo de ganancia a través de reclamaciones; en consecuencia, los oferentes que conscientes de los riesgos que asumen, presentan ofertas con un precio acorde con éstos, pierden cualquier oportunidad de competir por la adjudicación del contrato.

Por lo anterior, los criterios de selección deben encontrar un punto en el cual se valoren todos los aspectos de la propuesta y no se otorgue preponderancia al valor económico. Una forma recomendable podría ser que el oferente presente la propuesta en dos sobres sellados, uno que incluya la oferta propiamente con indicación de las especificaciones técnicas y otro que contenga el precio de la oferta. De esta forma, se pretende que se evalúen y se ponderen por separado las disposiciones técnicas del

proyecto de construcción y el precio, con el fin de evitar que la Administración le reste importancia a los aspectos técnicos sólo motivada por el menor precio.